



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.712 - SP (2014/0114389-9)

RELATOR : **MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON PEREIRA JUNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ. DETRAÇÃO PENAL. TEMA NÃO ANALISADO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. No que concerne à incidência do princípio da insignificância, importante registrar, num primeiro momento, ser certo que a lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social. Por essa razão, os princípios da insignificância e da intervenção mínima surgem para evitar situações dessa natureza, atuando como instrumentos de interpretação restrita do tipo penal.

3. No presente caso, não verifico a presença dos referidos vetores, haja vista a multireincidência do paciente, ostentando duas condenações com trânsito em julgado. Dessa forma, mostra-se inviável a aplicação do princípio da insignificância, pois as particularidades do caso concreto denotam a maior reprovabilidade da conduta, devendo, portanto, ser sopesadas para fins de aplicação ou não da referida benesse. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A fixação da pena-base não está condicionada a um critério puramente matemático, de forma que o Magistrado pode dosar as reprimendas conforme seu prudente arbítrio, estabelecendo a sanção necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.
5. Considerando a margem discricionária do julgador para cominar a sanção entre as penas mínima e máxima previstas para o crime do art. 155, § 4º, isto é, 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão, além da multa, não verifico desproporcionalidade no aumento de 1 (um) ano decorrente de circunstância judicial valorada negativamente.
6. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que *é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais* (Súmula 269/STJ).
7. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque desfavorável a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, de modo que, a despeito de a sanção final ter sido estabelecida, neste *writ*, em 2 (dois) anos de reclusão, não faz jus o paciente, em face de sua reincidência, ao regime inicial semiaberto.
8. A detração penal, para fins de abrandamento do regime prisional, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, não sendo possível a aplicação desse instituto por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.
9. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de novembro de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.712 - SP (2014/0114389-9)

RELATOR : MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON PEREIRA JUNIOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de EDSON PEREIRA JUNIOR, apontando-se, como autoridade coatora, a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação 0013641-51.2013.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em 1º grau, pela prática da conduta descrita no art. 155, § 4º, IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 4 (quatro) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual se negou provimento, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 42):

APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO - Art. 155, § 4º, inc. IV, c/c o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal - Autoria e materialidade demonstradas - Depoimentos da vítima e testemunhas - Prova - Depoimentos prestados sob o crivo do contraditório - Ausência de prova de que tivessem interesse em incriminar o réu - Confissão judicial que restou corroborada pelos elementos probatórios produzidos - Réu que foi surpreendido com seu comparsa pelos policiais no momento em que deixava o local carregando os objetos furtados - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Inexistência de previsão legal - Pequeno valor da coisa não exclui a tipicidade.

Pena - Fixação da pena-base acima do mínimo legal - Maus antecedentes - Circunstâncias do art. 59, do Código Penal - Inocorrência de 'bis in idem' ao se considerar 'maus antecedentes'



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e reincidência - Condenações definitivas, ainda que sem eficácia para gerar reincidência, são antecedentes que autorizam a exasperação da pena-base - Agravante da reincidência e atenuante da confissão - Regime fechado para início de cumprimento da reprimenda fixado com fundamento no art. 33, § 3º, do Código Penal - Reincidência específica que impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a impetrante, como primeira tese, *que o fato descrito na denúncia é atípico, em razão da aplicação do princípio da insignificância, porque, considerando-se o ínfimo valor da res furtiva, consistente em 6 (seis) ferramentas usadas avaliadas em R\$ 300,00 (trezentos) reais, é forçoso reconhecer a atipicidade material no caso concreto (e-STJ fl. 2).*

Assinala, outrossim, o aumento desproporcional operado na segunda fase da dosimetria da reprimenda, pois *não obstante o MM. Juízo tenha reconhecido a atenuante da confissão, a pena imposta ao ora paciente foi majorada em 1/2 (metade) acima do mínimo legal em virtude da reincidência (e-STJ fl. 8).*

Aduz *que a pena privativa de liberdade imposta ao paciente é inferior a quatro anos, razão pela qual faz jus ao regime inicial aberto ou, no máximo, o semiaberto, conforme determina o artigo 33, § 2º, do Código Penal (e-STJ fl. 11).* Ademais a Súmula 269/STJ admite a fixação do regime inicial semiaberto ao réu reincidente, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos.

Por fim, assevera que diante do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei n. 12.736/2012, é razoável a fixação do regime semiaberto.

Diante dessas considerações, requer, liminarmente, que o paciente aguarde no regime aberto ou semiaberto o julgamento definitivo do presente *habeas corpus*. No mérito, busca o reconhecimento da atipicidade material da conduta ou, subsidiariamente, a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, bem assim a modificação do regime inicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ fls. 74/75).

Solicitadas informações, foram devidamente prestadas (e-STJ fls. 85/108 e 110/157).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 162/164).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.712 - SP (2014/0114389-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

I. Observa-se, inicialmente, que o presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição ao recurso especial, previsto no art. 105, inciso III, da Constituição Federal.

Sobre este aspecto, cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a impetração em substituição ao recurso próprio – seja apelação, agravo em execução, recurso especial ou mesmo revisão criminal –, salvo nos casos de flagrante ilegalidade que exija a concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

EMENTA HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

[...]. (STF, HC nº 113890, Rel. Ministra. Rosa Weber, Primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, julgado em 03/12/2013, Publicado em 28/02/2014)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

[...](STJ, HC 258.815/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 15/09/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. DESOBEDIÊNCIA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DA INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEVIDENTE. PARECER ACOLHIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não deve ser utilizado em substituição a recursos processuais penais. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

[...]. (STJ, HC nº 287.417/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sexta Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)

Contudo, a despeito de não ter a impetrante escolhido a via processual adequada, para evitar eventuais prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, passo à análise das questões formuladas na inicial e à verificação de constrangimento ilegal que enseje a concessão da ordem de ofício.

II. Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em 1º grau, nos seguintes termos, *in verbis* (e-STJ fls. 22/23):

Procedente a pretensão punitiva, passo a dosar as penas. O réu EDSON PEREIRA JÚNIOR é reincidente e confessou a prática do delito, razão pela qual fixo a pena base pouco acima do mínimo legal, ou seja, 3 anos de reclusão e 12 (dez) dias-multa, um valor mínimo unitário, em atenção a sua situação econômico-financeira. O crime foi tentado e esteve muito próximo de sua consumação, autorizando o redutor de 1/3, chegando ao montante de 2 anos de reclusão e 4 dias-multa. Em face do exposto e considerando o que mais dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a denúncia e CONDENO o réu EDSON PEREIRA JÚNIOR, a cumprir a pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão e a pagar 4 dias-multa, no patamar mínimo, por infração ao art. 155, § 4º, inciso IV, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal. Como o réu EDSON PEREIRA JÚNIOR é reincidente, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixo o regime inicial FECHADO para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33 do Código Penal. Continuam presentes os requisitos da preventiva, na medida em que o réu admitiu ter usado nome falso (nome do primo) para não ser preso pela polícia, revelando o claro propósito de evitar a aplicação da lei penal. Assim, não tem o réu o direito de recorrer em liberdade.

Em sede de Apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, mantendo incólume a condenação, assim se pronunciando, quanto à pena imposta (e-STJ fls. 47/51):

Passa-se à análise das penas, que não comportam reparos.

O recorrente ostenta duas condenações com trânsito em julgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a defesa (fls. 19/20 e 21), não havendo óbices para que uma seja considerada como maus antecedentes e elevar a pena-base e outra como reincidência a fim de agravar a reprimenda.

[...]

Assim, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante dos maus antecedentes ostentados pelo réu, em 03 anos de reclusão, e pagamento de 12 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, ainda que não tenha ficado muito claro na r. sentença de primeira instância, observo que não houve o aumento em razão da reincidência tampouco a redução em razão da confissão, entendendo-se, portanto que foram compensadas.

[...]

Por fim, diante da tentativa, a reprimenda foi reduzida em 1/3, perfazendo o total de 02 anos de reclusão e pagamento de 04 dias-multa.

O delito chegou perto da consumação, eis que o recorrente já havia retirado as ferramentas do interior da obra e, caso os policiais não tivessem surpreendido os furtadores, o delito teria consumado.

Assim, sem reparos o percentual aplicado em razão da tentativa.

Considerando que o recorrente ostenta maus antecedentes e é reincidente, ambos em crimes contra o patrimônio, bem como relatou em seu depoimento judicial que cometeu o delito de furto para vender os objetos e adquirir entorpecentes, não faz jus a fixação de regime mais brando para início de cumprimento da pena, pois vê-se que não vem assimilando corretamente a terapêutica penal, podendo voltar a delinquir se novamente for agraciado com benefícios.

Portanto, com fundamento no disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, mantém-se o regime fechado para início de cumprimento da reprimenda.

Ademais, a reincidência específica impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

III. No que concerne à incidência do princípio da insignificância, importante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

registrar, num primeiro momento, ser certo que a lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social. Por essa razão, os princípios da insignificância e da intervenção mínima surgem para evitar situações dessa natureza, atuando como instrumentos de interpretação restrita do tipo penal.

Entretanto, a ideia não pode ser aceita sem restrições, sob pena de o Estado dar margem a situações de perigo, na medida em que qualquer cidadão poderia se valer de tal princípio para justificar a prática de pequenos furtos, incentivando-se, por certo, condutas que atentem contra a ordem social. A propósito, trago à colação trecho do voto proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO, no *Habeas Corpus* n. 98.152/MG, que apresenta os requisitos necessários para a aferição do relevo material da tipicidade penal:

O postulado da insignificância que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal.

No presente caso, não verifico a presença dos referidos vetores, haja vista a multirreincidência do paciente, ostentando duas condenações com trânsito em julgado. Dessa forma, mostra-se inviável a aplicação do princípio da insignificância, pois as particularidades do caso concreto denotam a maior reprovabilidade da conduta, devendo, portanto, ser sopesadas para fins de aplicação ou não da referida benesse.

Com efeito, segundo nova orientação do Supremo Tribunal Federal, o criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida (STF, HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

110.841, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, maioria, DJe de 14/12/2012).

Confira-se, ainda, os seguintes precedentes, de ambas as Turmas que integram a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. BEM CUJO VALOR NÃO SE REVELA ÍNFIMO. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA-BASE. CONDENAÇÕES ANTERIORES. ANTECEDENTES. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Trata-se de furto de bens avaliados em cerca de 50% do valor do salário mínimo na época do fato, tendo sido considerados, na dosimetria da pena, a reincidência e os maus antecedentes. Dessa forma, não se encontram presentes todas as condições necessárias para que se considere insignificante a conduta praticada, mormente a inexpressividade da lesão jurídica provocada e a periculosidade social da ação.

2. Se o agravante possui seis condenações criminais transitadas em julgado por fatos anteriores, sendo uma delas utilizada para caracterizar a reincidência, é possível a utilização das demais, isoladamente, para negativar os antecedentes e a conduta social, sem que haja ilegalidade ou bis in idem.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 557.348/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 06/11/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. INAPLICABILIDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REITERAÇÃO DELITIVA.

I - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, haja vista que, a despeito da reduzida expressividade do valor subtraído (R\$ 40,46), o paciente é reincidente e o delito foi cometido mediante rompimento de obstáculo. (Precedentes)

II - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal (Precedentes).

III - Na hipótese, conforme consta do decreto prisional, o recorrente é reincidente, ostentando diversas condenações por delitos contra o patrimônio, circunstância apta a justificar a imposição da segregação cautelar para a garantia da ordem pública, em virtude do fundado receito de reiteração delitiva (Precedentes).

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 48.510/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014)

IV. No tocante à segunda insurgência, ocorre que a fixação da pena-base não está condicionada a um critério puramente matemático, de forma que o Magistrado pode dosar as reprimendas conforme seu prudente arbítrio, estabelecendo a sanção necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Considerando a margem discricionária do julgador para cominar a sanção entre as penas mínima e máxima previstas para o crime do art. 155, § 4º, isto é, 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão, além da multa, não verifico desproporcionalidade no aumento de 1 (um) ano decorrente de circunstância judicial valorada negativamente.

V. No que tange à terceira insurgência, é certo que o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que *é admissível a adoção do regime*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais (Súmula 269/STJ).

Todavia, na hipótese, foi fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque desfavorável a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, de modo que, a despeito de a sanção final ter sido estabelecida, neste *writ*, em 2 (dois) anos de reclusão, não faz jus o paciente, em face de sua reincidência, ao regime inicial semiaberto.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. EMPREGO DE ARMA DE FOGO NA PRÁTICA DELITIVA. ACENTUADA PERICULOSIDADE DO AGENTE. INAPLICABILIDADE DAS SÚMULAS 718 E 719 DO STF E 269 DO STJ. DETRAÇÃO PENAL PARA FINS DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. TEMA NÃO ANALISADO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, insculpida no art. 5º, LXVIII.

2. Com efeito, em respeito ao sistema recursal previsto no ordenamento jurídico, esta Corte de Justiça passou a não conhecer do habeas corpus quando impetrado com propósito diverso do delineado constitucionalmente.

3. Entretanto, em hipóteses excepcionais, este Tribunal Superior tem concedido, de ofício, ordem de habeas corpus, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, quando a ilegalidade apontada for flagrante e estiver influenciando na liberdade de locomoção do indivíduo, situação que não se verifica na espécie.

4. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais." (Súmula n.º 269/STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Na hipótese dos autos, contudo, não é o caso de aplicar-se o referido entendimento, pois a situação é diversa, porquanto as instâncias ordinárias consignaram que o paciente, além de reincidente, ostenta maus antecedentes, tendo essa circunstância sido levada em consideração para elevar a pena-base acima do mínimo legal.

6. Com efeito, embora a pena seja inferior a quatro anos, a presença de circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado.

7. Ainda que assim não fosse, o emprego de arma na prática delitiva denota não só maior periculosidade do agente, mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima, sendo tal gravidade tão manifesta que não se requer maiores explicações para se descrever o óbvio.

8. Por fim, a questão relativa à detração penal, para fins de abrandamento do regime prisional, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, não sendo a possível a aplicação desse instituto por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 297.886/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 25/09/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 2º, B, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não se aplica o enunciado n. 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça ao recorrente reincidente que, apesar de ter sido condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 449.437/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 07/04/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. Por fim, a questão relativa à detração penal, para fins de abrandamento do regime prisional, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, não sendo possível a aplicação desse instituto por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

Sobre o tema, destaco:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento da apelação, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Todavia, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. VIOLÊNCIA FÍSICA CONTRA A VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. As instâncias ordinárias concluíram de modo fundamentado quanto ao regime inicial fechado, em razão da gravidade concreta do delito cometido, considerando as circunstâncias em que foi perpetrado - mediante violência física contra a vítima - reveladora da periculosidade dos envolvidos, não havendo ilegalidade na manutenção do modo mais gravoso de execução.

2. A existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a imposição do regime prisional mais severo.

DETRAÇÃO PENAL. CÔMPUTO DO TEMPO DA PRISÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVISÓRIA PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. ART. 387, § 2º, DO CPP. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NO ARESTO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Não há como se conhecer do mandamus no ponto em que pretende a consideração do tempo de prisão cautelar na fixação do regime inicial, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, visto que a questão não foi objeto de exame pelo Tribunal apontado como coator, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.161/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014)

Desse modo, não se constata, no caso, flagrante constrangimento ilegal que, eventualmente, imponha a concessão de ordem de ofício.

À vista de todo o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É o voto.

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0114389-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 294.712 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00136415120138260050 136415120138260050 3142013

EM MESA

JULGADO: 11/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EDSON PEREIRA JUNIOR
CORRÉU	: LUIZ FERNANDO VIANA CARDOZO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.